# Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers.

## Inaugural-Dissertation,

die

nebst den beigefügten Thesen

mit Genehmigung der hohen

**juristischen Fakultät der Königl. Universität Breslau**

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

**am Montag, den 9. März 1903, 12 Uhr Mittags**

in der Aula Leopoldina

öffentlich verteidigen wird

**Paul Riedinger,**
Referendar in Breslau.

Opponenten:

Referendar Dr. **Walter Furbach** in Breslau,
Referendar **Hellmuth Richter** in Breslau.

Breslau
Verlag von **Wilhelm Koebner** (Inh. Barasch u. Riesenfeld).
1903.

Die ganze Arbeit, deren Inhaltsverzeichnis beigefügt ist, erscheint im Verlage von Wilhelm Koebner, Breslau, unter dem Titel: „Der Besitz an gepfändeten Sachen. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtlichen Stellung des Gerichtsvollziehers.“

Meinen Eltern

gewidmet.

# Inhaltsübersicht.


Seite

§ 1. Einleitung. . . . . 1

§ 2. I. Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers. . . . 3

II. Der Besitz an gepfändeten Sachen. . . . . .

§ 3. a) Vorbemerkung. . . . . .

b) Der Besitz im Falle des § 808 Abs. 1 C.P.O. . . .

§ 4. 1) Der Besitz des Gerichtsvollziehers und des Staates.

§ 5. 2) Der Besitz des Gläubigers. . . . . .

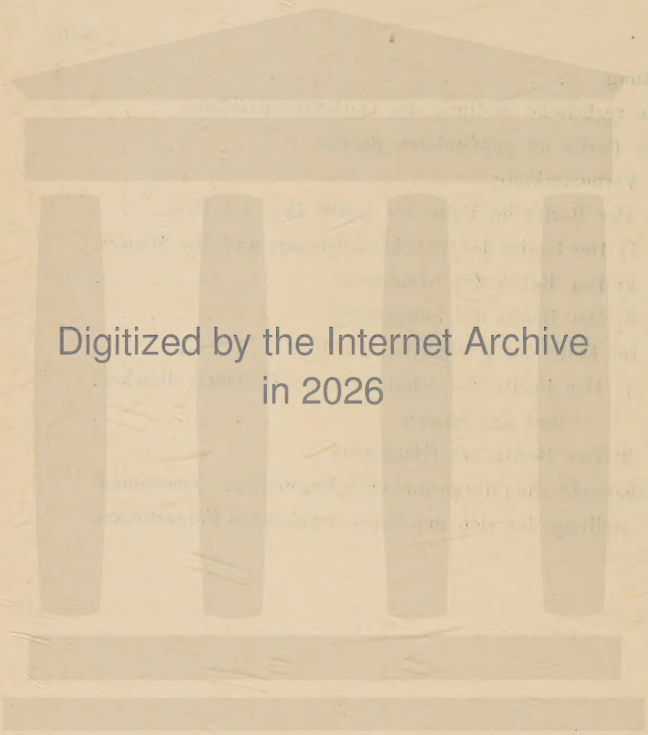
§ 6. 3) Der Besitz des Schuldners. . . . . .

c) Im Falle des § 808 Abs. 2 C.P.O. . . . . .

§ 7. 1) Der Besitz des Schuldners, des Gerichtsvollziehers und des Staates. . . . . .

§ 8. 2) Der Besitz des Gläubigers. . . . . .

§ 9. III. Uebersicht über die gewonnenen Ergebnisse. Zusammenstellung der sich aus ihnen ergebenden Folgerungen.


Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548201_0059

## § 1. Einleitung.

Die Frage nach dem Besitze an gepfändeten Sachen ist seit jeher streitig. Eine endgültige Lösung ist weder für das gemeine Recht, noch für die Partikularrechte gefunden worden. Die Frage muss unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches von neuem Interesse gewinnen, besonders, wenn man berücksichtigt, dass das B.G.B. zwar die Brücken, die sein Besitzrecht mit dem früheren verbinden, nicht abgebrochen, in vielen wichtigen Beziehungen aber doch durchaus Neues geschaffen hat, dass es namentlich gerade in dem hier interessierenden Punkte, dem Verhältnis des juristischen Besitzers zum Detentor, des vollständigen zum unvollständigen, des mittelbaren zum unmittelbaren Besitzer, die Entwicklung zu einem gewissen Abschlusse gebracht und dadurch neue, vom früheren Recht abweichende Ergebnisse gezeitigt hat.

Aber in enger Verbindung mit der Frage nach dem Besitze steht die Frage nach der rechtlichen Stellung des Gerichtsvollziehers [1]). Ihre Beantwortung ist in mancher Hinsicht, nämlich soweit es sich um die Pfändung nach § 808 Abs. 1. C.P.O. handelt, präjudiziell für die Entscheidung der Frage, welche Besitzverhältnisse an der gefundenen Sache bestehen, und deswegen lässt sich diese nicht untersuchen, ohne Stellungnahme zu der andern Frage: Amtstheorie oder Mandatstheorie? Diese Streitfrage scheint ja für die Praxis durch die fast konstante Judikatur des Reichsgerichtes ent-

[1]) Der Kürze wegen wird künftig die Abkürzung: G.V. gebraucht.

schieden zu sein. Nichts destoweniger soll im Folgenden nochmals versucht werden, die von der Ansicht des Reichsgerichts abweichende Meinung zu begründen.

Nach der einen Ansicht ist der G.V. lediglich öffentlicher Beamter; bei allem, was er vornimmt, tritt er nur als öffentlicher Beamter auf, der in keinem civilrechtlichen Vertragsverhältnis, ja zunächst überhaupt in keinem privatrechtlichen Verhältnis zu der ihn „beauftragenden" Partei steht, wobei allerdings nicht ausgeschlossen ist, dass später, etwa infolge pflichtwidriger Schadenszufügung durch den Beamten, ein privatrechtlicher Schadensersatzanspruch für eine beteiligte Partei entsteht. Nach der andern Ansicht ist der G.V. nicht nur Beamter, sondern auch Beauftragter der Partei; insbesondere handelt er, wenn er pfändet und zum Zwecke der Pfändung Sachen in Besitz nimmt, oder signiert[1]), als „Mandatar" der Partei; er steht zu ihr in einem privatrechtlichen Vertragsverhältnisse, und ferner tritt er, worüber aber die Vertreter der Mandatstheorie untereinander keineswegs einig sind, als Vertreter der Partei auf, wobei nicht immer scharf unterschieden wird, ob im Einzelfalle der G.V. als Beauftragter, oder als Vertreter, oder als beauftragter Vertreter hingestellt werden soll; es sind das aber Dinge, die scharf zu trennen sind, denn der G.V. könnte Beauftragter sein, ohne Vertreter zu werden und umgekehrt.

Uebrigens sind, wie sich im Folgenden noch zeigen wird, die Vertreter der Mandatstheorie auch über den Umfang der Geltung ihrer Ansicht uneinig. Nach den einen ist der G.V. stets Mandatar, nach den andern nimmt er gewisse Handlungen als Beamter, gewisse andere als Mandatar vor.

Die Lösung der Zweifel über die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers ist, wie bereits angedeutet wurde, in

---

[1]) Des Ausdrucks „signieren" für die in § 808 Abs. 2. C.P.O. geforderte Kenntlichmachung bedient sich Förster C.P.O. § 712. — Die Kommentare zur C.P.O. sind mit Ausnahme derer von Struckmann und Koch, Neukamp, Gaupp-Stein, Sydow-Busch und Petersen nach der älteren Fassung zitiert.

gewisser Hinsicht entscheidend für die Beantwortung der Frage nach dem Besitze an gepfändeten Sachen.

Nessel[1]) ist allerdings, und zwar in bewusstem Gegensatze zu seinen früheren Anschauungen[2]), der Meinung, es komme für die Frage nach dem Besitze des Gläubigers auf die Entscheidung der Streitfrage, ob die Amtstheorie oder die Mandatstheorie richtig sei, nicht an. Der Besitz des Gläubigers müsse auch vom Standpunkte der Mandatstheorie aus geleugnet werden. Die Inkonsequenz dieser Meinung wird sich aber später herausstellen.

---

## § 2. I. Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers.

Was die Terminologie betrifft, so scheint es höchst zweifelhaft, ob, wenn man vom Rechte des B.G.B. ausgeht, überhaupt noch von einem „Auftrage“ und von einer „Mandatstheorie“, die Rede sein kann, denn dem Auftrage ist nach § 662 B.G.B. die Unentgeltlichkeit wesentlich, der G.V. aber versieht sein Amt gegen Entgelt. Wenn die Anhänger der Mandatstheorie dem entgegenhalten sollten, die Vergütung, die man an einen öffentlichen Beamten für seine Amtstätigkeit zahle, sei kein Entgelt im Sinne des Privatrechts, so würden sie damit ihre eigene Theorie widerlegen und zugeben, das öffentlich-rechtliche Verhältnisse nicht mit privatrechtlichem Massstabe gemessen werden können.

Der Vertrag könnte also nur ein Dienst- oder Werkvertrag sein. Im übrigen aber kommt es für die hier zu lösenden Fragen weniger darauf an, welcher, als darauf, ob überhaupt ein Vertrag vorliegt. Jedenfalls dürfte es sich empfehlen, dem Sprachgebrauche des gewöhnlichen Lebens zu folgen, das auch einen entgeltlichen „Auftrag“ an einen Baumeister, einen Handwerker u. s. w. kennt, und, um auch die Kontinuität der Terminologie und die Uebereinstimmung

---

[1]) Pfändungspfandrecht und Interventionsprozess 11.

[2]) Gruchot 28,98 f.

mit dem Sprachgebrauche der C.P.O. zu wahren, auch fernerhin von einem „Auftrage“ des Gläubigers von einer „Mandatstheorie“ zu reden.

Eine äusserliche Stütze scheint die Mandatstheorie darin zu finden, dass die C.P.O. von einem „Auftrag“ des Gläubigers an den Gerichtsvollzieher spricht[1]). Allein dies beweist nichts. Dass man bei dem G.V. das Wort „Auftrag“ und nicht wie bei dem Zwangsvollstreckungsrichter das Wort „Antrag“ gebraucht (§ 15 Z.V.G.), entpricht einer oberflächlichen Auffassung des täglichen Lebens, entspringt der subalternen Stellung des G.V. Auch ähnelt da, wo nach Landesrecht die Gebühren dem Gerichtsvollzieher zufliessen,

---

[1]) Für die Amtstheorie besonders Krech und Fischer, Zwangsvollst. in das unbewegl. Verm. 1. Aufl.; ferner Fischer-Schäfer Reichsges. betreff. Zwangsvollst. ins unbew. V. 31. Fischer in Buschs Zeitschr. 9,523 und Iherings Jahrb. 38,278. Ferner Fleischmann das pignus in causa iudicati captum, 21, Schönfeld, Gerichtsvollzieher, 7, und IV. C.S. 17. 11. 83, R.G. 10,233. Dafür wohl auch Kohler, Konkursrecht 25. Zweifelnd Dernburg, Pand. 1,299, der aber nur beim G.V. die Frage für zweifelhaft hält. Was im übrigen das Verhältnis des Privaten zu der von ihm in Anspruch genommenen Staatsgewalt betrifft, so steht er mit aller Bestimmtheit auf dem Standpunkte der Amtstheorie und wendet sich besonders auch gegen die unten besprochene Auffassung Schultzes. Die Mandatstheorie dagegen entspricht vor allem, abgesehen von der soeben citierten Entscheidung des IV S., der Ansicht des R. G., sie hat auch sonst in Litteratur und Judikatur viel Anklang gefunden und muss als die überwiegende bezeichnet werden. Vgl. ausser einer grossen Zahl anderer Entsch. d. R.G. namentlich die Entsch. der Vereinigten Senate 10. 6. 86. R.G. 16, 396, ferner Tzschachmann, das pignus in causa iudicati captum verglichen mit dem Pfändungspfandrecht der C.P.O.“ 29, Grosfeld, der Anspruch des Dritteigentümers aus unrechtmässiger Mobiliar-Zwangsvollstr. 37, Wach, Vorträge 239. Walter, Jur. Wochenschr. 86, 337, steht wohl prinzipiell auf dem Standpunkte der Mandatstheorie, er sagt aber selbst, bei näherer Betrachtung überwiege das Amtsverhältnis so sehr, dass für den Auftrag fast nichts übrig bleibe. Für die Mandatstheorie ferner Francke, Buschs Zeitschr. 5, 210, Seuffert das. 8, 190, 11, 196, v. Wilmowsky-Levy § 674, Seuffert C.P.O. §§ 674, 782. Förster C.P.O. § 712, Gaupp-Stein § 808, Petersen § 753. Vgl. im übrigen noch die zahlreiche unten im Text zu erwähnende Litteratur.

— und dies ist nach vielen Landesrechten der Fall und war namentlich, ehe Preussen zu der jetzigen Regelung der Frage überging, im grössten Teil Deutschlands der Fall, — rein wirtschaftlich betrachtet die Stellung des G.V. der des Gewerbetreibenden, der auf Bestellung arbeitet, der gegen Entgelt seine Dienste anbietet, und daher „Aufträge“ aber keine „Anträge“ entgegennimmt[1]). Diese Gesichtspunkte können aber bei der Frage nach seiner rechtlichen Stellung nicht in Betracht kommen. Sie passen auch nur auf einen Teil der Landesrechte und können daher für das einheitlich interpretierende Reichsrecht nicht verwendet werden. Der Richter entscheidet über „Anträge“. Es würde aber nach der Empfindung mancher zur Stellung des G.V., dessen Prüfung der an ihn gelangenden Parteibegehren noch dazu eine wesentlich mechanische ist, schlecht passen, von Anträgen der Partei zu reden, die, namentlich dort, wo die Gebühren dem G.V. in vollem Umfange zufliessen, als der wirtschaftlich stärkere erscheint, als der, der dem G.V. mit seinem Auftrage einen Gefallen erweist, da ja für diesen, wie für einen Gewerbetreibenden, oder einen Anwalt, jede Vermehrung der Arbeitslast eine Vermehrung des Einkommens bedeutet.

Aus diesen Gründen beweist der Gebrauch des Wortes „Auftrag“ in der C.P.O. nichts für die Mandatstheorie. Es ist aber überhaupt verwerflich aus dem Gebrauche eines Ausdrucks in der C.P.O. weitgehende Schlüsse auf den civilrechtlichen Charakter eines dort geregelten Instituts zu ziehen. Unrichtig ist es daher auch, wenn Schwenke[2]) und v. Schrutka-Rechtenstamm[3]) als Beweis für die Amtstheorie darauf hinweisen, dass die C.P.O. an anderen Stellen das Wort „Auftrag“ gebrauche, wo zweifellos von keinem

[1]) Auf den Gebrauch des Wortes „Auftrag“ berufen sich Struckmann u. Koch § 753, der Beschluss der V. S. a. a. O., ferner III C. S. 5. 6. 83. R.G. 9, 361.

[2]) Die civilrechtliche Stellung des G.V. 5f.

[3]) Grünhut 16, 681.

privatrechtlichen Auftrage die Rede sei, wie z. B. beim „beauftragten Richter".

Man hat sich für die Mandatstheorie auch auf die Erklärung der Motive berufen, der G.V. handle im Auftrage der Partei[1]), sowie auch darauf, dass es die Absicht der Regierung und der Justizkommission gewesen sei, zum Ausdruck zu bringen, dass der G.V. Mandatar des Gläubigers sei[2]). Allein die Motive, die Absichten der Regierung und der Kommission können in derartigen Fragen nicht entscheidend sein. Es mag hier ganz auf sich beruhen, wie weit die Motive für die eigentliche Gesetzesauslegung in Betracht kommen, in wie weit man aus ihnen auf die s. g. „Absichten des Gesetzgebers" schliessen kann. Hier handelt es sich um eine rein konstruktive Frage, für deren Beantwortung ist aber nicht einmal der Wortlaut des Gesetzes entscheidend[3]), noch weniger die „Absicht des Gesetzgebers", vollends gleichgültig aber die Absicht der Regierung, der Kommission, des Verfassers der Motive.

Die Mandatstheorie widerspricht aber auch dem geltenden Staatsrechte, den heutigen Anschauungen vom Wesen des Staats und der Staatstätigkeit. Es mag der mittelalterlichen Anschauung möglich sein, Staatshoheitsrechte privatrechtlich zu behandeln, es entspricht aber nicht der modernen Staatsauffassung, die erkannt hat, dass das öffentliche Recht etwas anderes ist, als das Privatrecht. Wenn der Staat im Interesse des einzelnen Bürgers handelt, so ist er nicht dessen besonders qualifizierter Beauftragter oder Vertreter im privatrechtlichen Sinne, sondern er handelt kraft Hoheitsrechts und steht dabei über den Parteien, nimmt nicht die Interessen des einen Bürgers gegen einen andern wahr, sondern vermittelt im Sinne der Rechtsordnung zwischen den widerstreitenden Interessen. Er handelt auf Begehren des Bürgers, aber nicht kraft eines

---

[1]) III C. S. 5. 6. 83. R.G. 9. 361; ebenso der Beschluss des V. S.

[2]) Beschluss d. V. S.

[3]) Vgl. Fischer, Preuss. Priv. R. 27, Krech und Fischer, Zwangsvollstr. 1. Aufl. 108.

mit diesem geschlossenen Vertrages. Er handelt mit Rechtswirkung für und gegen diesen Bürger, aber nicht als dessen Vertreter[1]). Der Beamte, der kraft öffentlichen Rechts handelt, Staatshoheitsrechte wahrnimmt, bewegt sich mit seinen Handlungen in einer ganz anderen Sphäre als privatrechtliche Beauftragte oder Vertreter. Das Privatrecht dient dazu, die Rechtsverhältnisse zwischen einander gleichgeordneten Subjekten des Privatrechts zu ordnen. Wo aber der Staat (nicht als Subjekt des Privatrechts, z. B. als Eisenbahnfiskus, sondern) als Staat auftritt, wo er kraft seiner Souveränität in die Rechtsbeziehungen der Subjekte des Privatrechts eingreift, da fällt sein Handeln in eine ganz andere Kategorie, als das Handeln eben dieser Privatrechtssubjekte, sein Handeln ist kein privatrechtliches Handeln, auch nicht etwa privatrechtliches Handeln plus irgend einer öffentlich-rechtlichen Zutat, sondern es ist etwas vom Privatrechtsgeschäft in seiner Wesenheit Verschiedenes[2]), und darum ist es auch nicht möglich, die Tätigkeit des Beamten, der im Auftrage des Staats Staatshoheitsrechte ausübt, in eine privatrechtliche Schablone zu zwingen. Ist dies alles aber richtig, so kann für den G.V. nur die Amtstheorie gelten, denn der G.V. nimmt keine Sonderstellung unter den Staatsbeamten ein. Er steht rechtlich bei der Pfändung durchaus nicht anders da, als der Richter, der eine Forderung pfändet, oder den Zuschlagsbeschluss in der Zwangsversteigerung erlässt, oder als der Grundbuchrichter, der eine Hypothek oder einen Eigentumsübergang einträgt. Dass zwischen dem G.V. und diesen Beamten ein grundlegender Unterschied bestünde, oder dass die Unterschiede, die tatsächlich bestehn, gerade in der hier

[1]) Vgl. Fischer, Pr. Pr. R. 747, Rudolph, Iherings. Jahrb. 20, 379. Rehbein Entsch. d. Preuss. Ober-Tribunals II 557*.

[2]) Darum ist es auch nicht, wie Jastrow a. a. O. 361 einwendet, eine bequeme petitio principii, wenn man sagt, es entspreche nicht dem geltenden Rechte, zwischen dem Beamten und der Partei ein privatrechtliches Vertragsverhältnis anzunehmen.

interessierenden Beziehung einen Einfluss dahin ausübten, dass hier der Beamte ausnahmsweise Parteiorgan sei, hat niemand zu beweisen vermocht. Dass aber für den Grundbuchrichter die Mandatstheorie gelte, werden wohl auch deren Anhänger nicht behaupten.

Schwenke[1]) meint, dass das Beamtenverhältnis in das privatrechtliche Verhältnis hineinrage, das sei kein Widerspruch, wie ja auch kein Widerspruch darin liege, dass das privatrechtliche Grundeigentum durch öffentlich-rechtliche, z. B. baupolizeiliche, Bestimmungen beschränkt werde. Ebensowenig wie das Grundeigentum durch das Bestehen von polizeilichen Beschränkungen , werde ein privatrechtliches Verhältnis zwischen G.V. und Gläubiger durch das Beamten-Verhältnis des ersteren unmöglich gemacht. Allein es handelt sich gar nicht um die Frage, ob an einem Rechtsobjekte sowohl öffentlich-rechtliche als auch privat-rechtliche Rechte bestehen können, eine Frage, die natürlich zu bejahen ist, sondern um die Frage, ob der Staat, bezw. das für ihn tätige Organ, das Recht und die Pflicht, Hoheitsrechte auszuüben, aus einem privatrechtlichen Auftrage u. s. w. herleitet, ob ein privatrechtlicher Auftrag der Rechtsgrund für das Vorgehen der Staatsgewalt ist, ob ein privatrechtliches zwischen Staatsorgan und Partei bestehendes, Vertretungsverhältnis der Rechtsgrund dafür ist, dass die Verfügung der Staatsgewalt Rechte für den Privatmann erzeugen kann. Es handelt sich um die Frage, ob ein und derselbe Akt Ausübung eines Staatshoheitsrechts sein und zugleich im Auftrage und in Vertretung eines Privatmannes vorgenommen werden kann.

Vielfach liegt übrigens wohl der Mandatstheorie der Gedanke zu Grunde, der Beamte sei zwar kraft Amtes zu seinen Amtshandlungen berechtigt und verpflichtet, allein, er sei dadurch nicht behindert, ausserdem über denselben Gegenstand einen Vertrag abzuschliessen. Selbst zugegeben, dass etwas Derartiges möglich wäre, so könnte es sich

---

[1]) a. a. O. 46.

doch nur um Fälle handeln, wo der Beamte ausdrücklich, oder den Parteien deutlich erkennbar neben der Annahme des Parteibegehrens noch besonders einen Vertrag schlösse. Das geschieht aber doch regelmässig nicht; man könnte freilich auch meinen, dass stets in dem Begehren um Zwangsvollstreckung und dessen Entgegennahme ausser dem an sich darin liegenden Anstosse zum Tätigwerden der Staatsgewalt und deren Erklärung, in diesem Einzelfalle zum Einschreiten bereit zu sein, auch ein privatrechtlicher Vertrag liege. Man würde also die Mandatstheorie nicht so formulieren: „Der G.V. ist kraft Amtes verpflichtet, Verträge zu schliessen, und schliesst er sie, so hat er das Recht und die Pflicht in seiner Eigenschaft als Beauftragter und Vertreter der Partei dies und jenes zu thun," sondern: „Der G.V. hat kraft Amtes das Recht und die Pflicht, gewisse Handlungen in Ausübung eines Staatshoheitsrechts vorzunehmen, sofern die Bedingung für das Eingreifen der Staatsgewalt, also in diesem Falle ein Parteibegehren, vorliegt. Ausserdem liegt aber noch in der Entgegennahme[1]) des Parteibegehrens durch den G.V. der Abschluss eines Vertrags zwischen G.V. und Auftraggeber." Bei dieser letzteren Formulierung ist die Mandatstheorie, ganz unschädlich, da sie dann belanglos für die hier behandelten Fragen ist. Denn wenn in dem Parteibegehren, der G.V. solle das tun, wozu er kraft Amtes auf Parteibegehren berechtigt und verpflichtet sei, und der Entgegennahme dieses Parteibegehrens ein Vertrag liegt, nun, so kann dieser Vertrag natürlich keinen andern Inhalt haben, keine anderen Rechte und Pflichten erzeugen, als schon kraft öffentlichen Rechtes bestehn. Er kann keinen andern Inhalt

[1]) Man kann nicht etwa daraus den Vertrag herleiten, dass gerade die „Entgegennahme" sich als Annahme einer Offerte darstelle, denn jeder Beamte ist tatsächlich in der Lage, an ihn gelangende Parteibegehren, die in der Regel formlos „entgegengenommen" werden, d. h. deren Bearbeitung unternommen wird, nicht entgegenzunehmen. Auch der Grundbuchrichter, der Staatsanwalt, ist rein tatsächlich in der Lage, an ihn gelangende Anträge, ohne etwas darauf zu veranlassen, in den Papierkorb werfen.

haben, als den, dass der G.V. das tue, und die Rechte und Pflichten habe, die er schon kraft Amtes hat; dann kann er keinerlei neue Rechte und Pflichten erzeugen, denn dann ginge er ja nicht darauf, dass der G.V. sein Amt ausüben solle, sondern dass er mehr tun solle; dann läge aber eben kein Vertrag vor, der eo ipso im Parteibegehren und dessen Entgegennahme läge, sondern dann läge ein besonders abgeschlossener Vertrag abweichenden Inhalts vor, mithin der bereits oben erledigte Fall. Dieser Vertrag kann auch nicht etwa den Inhalt haben, der G.V. solle jetzt das, was er ohne den Vertrag als Staatsorgan getan hätte, nun als Staatsorgan und Mandatar zugleich tun. Denn auch dies wäre schon ein besonderer Vertrag. Wenn der Vertrag nur darauf geht, dass der G.V. sein Amt ausüben solle, so wird der G.V. durch diesen Vertrag nicht zum Parteimandatar bei Ausübung des Staatsamtes.

Kann aber dieser angebliche zugleich mit abgeschlossene Vertrag keine anderen Rechtsfolgen haben, als solche, die bereits kraft öffentlichen Rechtes bestehen, kann er infolgedessen auch nicht den Inhalt haben, dass der G.V. nunmehr kraft Vertrages, nicht mehr kraft Amtes, tätig sein solle, nun so ist er belanglos und wirkungslos.

Ausserdem: ein solcher stets stillschweigend neben dem Parteibegehren und dessen Entgegennahme herlaufender Vertrag mit Rechten und Pflichten, die sämtlich schon kraft Amtes bestehen, ist ein Unding. Handelt es sich hier ja doch um die rein konstruktive Frage, wie gewisse Rechten und Pflichten des G.V. zu erklären seien. Wenn sie nun sämtlich schon durch das Amt erklärbar sind, (und dass dies der Fall ist, wird sich im weiteren Verlaufe der Darstellung zeigen), so ist für den Vertrag in dieser Konstruktion ja gar kein Raum mehr. Er kommt lediglich auf eine wissenschaftliche Fiction heraus. Mit demselben Rechte könnte man annehmen, dass, wenn jemand beim Landrat die Erteilung eines Jagdscheines beantragt, und der Landrat diesen Antrag „annimmt“ also ihn nicht pflichtwidrigerweise in den Papierkorb wirft, ausser dem öffentlich-rechtlichen

Verhältnis noch ein Privatvertrag vorliege. Denn dass der Zweck des Antrages auf Erteilung eines Jagdscheines der ist, ein öffentliches Recht zu begründen, die Zwangsvollstreckung aber ein Privatrecht begründen soll, kann gegen diese Analogie nicht eingewendet werden[1]). Denn auch der Auftrag an den G.V. geht auf Vornahme einer öffentlich-rechtlichen Handlung, nämlich der Zwangsvollstreckung, und nicht auf Begründung eines Pfandrechts.

Die Mandatstheorie ist also nur möglich, [aber immer noch nicht richtig,] wenn sie annimmt, dass der G.V. nur kraft des Rechtsgrundes des Vertrages tätig, berechtigt, verpflichtet wird[2]). Denn wenn sie annimmt, dass er kraft Amtes und zugleich in einem Vertragsverhältnis tätig wird, so muss sie entweder annehmen, dass in dem Parteibegehren und dessen Entgegennahme zugleich ein Vertrag liege, dann stimmt aber der Inhalt dieses Vertrages genau überein mit den Rechtsverhältnissen, die schon kraft Amtes bestehen, insbesondere auch damit, dass der G.V. kraft Amtes und nicht kraft Vertrages tätig wird: denn stimmte er nicht damit überein, sondern bewirkte er andere Rechtsverhältnisse, als kraft Amtes Platz greifen, nun dann läge er nicht eo ipso in dem Parteibegehren und dessen Entgegennahme, denn wie oben gezeigt kann in dem Begehren und dessen Entgegennahme höchstens ein Vertrag so eng begrenzten Inhalts liegen, oder aber die Mandatstheorie muss annehmen, dass ein solches plus vorliege, nun, dann liegt es aber doch nur dann vor, wenn es ausdrücklich bedungen wird, nicht aber stets; die Wirkungen eines solchen Vertrages sind aber, wenn man ihn überhaupt für zulässig halten will, dann Wirkungen eines besonderen Vertrages, der mit der Pfändung an sich nichts zu tun hat, nicht aber Wirkungen des Begehrens

[1]) Das im Text Gesagte gilt übrigens ebenso, wenn ich beim Grundbuchamt Eintragung einer Hypothek beantrage, also einen civilrechtlichen Zweck verfolge.

[2]) Wobei man sich die Rolle des öffentlichen Rechtssatzes wohl so zu denken hat, dass er dem Privatmann das Recht gibt, einen Beauftragten mit Zwangsmitteln u. s. w. auszustatten.

um Zwangsvollstreckung und dessen Ausführung, also hier ohne Interesse.

Kehren wir nach dieser Abschweifung zu der Mandatstheorie zurück, wie sie gewöhnlich aufgefasst wird. Nehmen wir einmal an, dass das öffentliche Recht, dass die Grundsätze des Staatsrechts, die Mandatstheorie zuliessen, so wäre doch damit immer erst bewiesen, dass sie möglich, nicht aber dass sie notwendig ist. Es ist jedenfalls nichts Gewöhnliches, dass der Beamte als Parteimandatar auftritt. Wollte man dies im einzelnen Fall, im Gegensatz zu der sonst allgemein gültigen Auffassung, annehmen, so müsste man den Nachweis liefern, dass das Recht in diesem Einzelfalle von der Möglichkeit dieser Konstruktion Gebrauch gemacht habe. So lange solche Gründe nicht vorliegen, hat man keine Veranlassung, die angeblich „mögliche" Mandatstheorie, der ebenso „möglichen" Amtstheorie vorzuziehen.

Es ist im Vorstehenden darauf Wert gelegt worden, dass die Zwangsvollstreckung Ausübung eines Staatshoheitsrechtes ist, und dass gerade deswegen der G.V. nicht als Beauftragter oder Vertreter aufgefasst werden könne. Man hat demgegenüber versucht, die Pfändung als ein Privatrechtsgeschäft hinzustellen, dem nur ein öffentlich-rechtlicher Mantel umgehängt sei, durch den es aber in seinem eigensten Wesen nicht verändert werde. Diese Ansicht vertritt vor allem Schultze[1]). Nach ihm ist der Zwang nur ein Ausfluss des zu erzwingenden Privatrechts, den der einzelne durch den Staat als seinen Vertreter ausübt. Er führt aus: Das Wesen des Privatrechts sei dessen Erzwingbarkeit; wie das Privatrecht, so sei auch die Zwangsbefugnis eine dem Berechtigten zustehende subjektive Befugnis. Daher sei der Berechtigte das Subjekt der Exekution, nicht die Staatsgewalt

[1]) Privatrecht und Prozess 64 ff. Aehnlich, wenn auch weniger eingehend und unter Verzicht auf positiv-rechtliche Begründung, Hahn, Gruch. 31. 333. Gegen Schultze viele der Gegner der Mandatstheorie. Ferner Schwenke 20 f. v. Welck, Gruch. 36, 505.

Da, wo, wie im gemeinen Prozess, der Richter Leiter der Zwangsvollstreckung sei, scheine dieser zwar deren Subjekt zu sein, aber tatsächlich stelle sich die Staatsgewalt in den Dienst des Privaten. Der Richter handle und könne nur handeln als Beauftragter des Berechtigten; so aber liege die Sache auch beim Gerichtsvollzieher.

Unrichtig ist dabei schon der erste Satz, dass das Wesen des Privatrechts Erzwingbarkeit sei, da es sicher auch nicht erzwingbares Privatrecht gibt. Aber abgesehen davon: wenn auch das Recht auf Zwang dem Privatrecht inhärierte, so wäre doch damit noch nicht gesagt, dass dieses Recht unmittelbar gegenüber dem Gegner gegeben sei.

Mit Recht sagt Birkmeyer[1]):

„In einem unmittelbaren Rechtsverhältnis stehen im Prozess nur Parteien und Gericht untereinander, nicht auch die Parteien unter sich . . . indem die Parteien den Prozessweg betreten, schieben sie den Richter zwischen sich . . .“

Wenn Schultze weiter sagt, der Richter könne nur handeln als Beauftragter des Berechtigten, so dürfte darauf zu entgegnen sein, dass der Staat alles kann, was er will. Dass der Staat nur als Beauftragter des Privatmanns mit seinem Zwang eingreifen könne, ist eine unberechtigte naturrechtliche petitio principii. Denn dass dies nach unserem Recht der Fall sei, hat Schultze nicht bewiesen. Solange wir aber keine besonderen Gründe zu der Annahme haben, dass der Staat als privatrechlicher Vertreter des Staatsbürgers auftrete, müssen wir annehmen, dass der Staat bei seinen Handlungen sein eigenes Geschäft, die Handhabung der Rechtspflege, besorge. Auch die historische Entwicklung spricht gegen Schultzes Ansicht. Die Auffassung, im Anfang habe der Private das Recht zur Zwangsvollstreckung selbst ausgeübt, später habe der Staat lediglich aus Gründen der staatlichen Ordnung die Zwangsvollstreckung als Vertreter des Berechtigten übernommen, ist richtig — bis auf das Wort „Vertreter“, das hier plötzlich eingeschoben wird.

[1]) Grundriss 121.

Dafür, dass damals, als man eine staatliche Zwangsvollstreckung einführte, der Staat als Vertreter des Einzelnen aufgefasst worden sei, spricht nicht das Mindeste; im Gegenteil: damals gab es bereits eine auch sonst tätige Obrigkeit; man verstand sehr wohl den Unterschied zwischen dem einzelnen Bürger und der Obrigkeit, man wusste wohl, dass öffentliches Recht und Privatrecht etwas verschiedenes sind.

Auch dass wir heut noch bisweilen den Berechtigten selbst Zwang ausüben sehen, z. B. bei der Selbstpfändung, beweist nicht, dass der Staat, wo er an Stelle der Selbsthilfe eingreift, nur Vertreter des Privaten ist. Denn wenn auch unter Umständen das Recht, sich gegen einen Angriff selbst zu wehren, ein privates Recht ist, so ist doch der Staat, der meine Verteidigung, wenn die Voraussetzungen der Notwehr nicht vorliegen, übernimmt, nicht mein Vertreter in Geltendmachung dieses Privatrechts. Auch der Umstand, dass der Staat in Ausübung seiner öffentlichen Tätigkeit Privatrecht z. B. das Pfändungspfandrecht, oder das Eigentum des Erstehers zu schaffen im Stande ist, steigert seine Tätigkeit nicht zu einer privatrechtlichen.

Und wollte man hiergegen etwa einwenden, dass das Charakteristische auch der staatlichen Pfändung eben das sei, dass sie vorgenommen wird zwecks Erwerbung eines Privatrechts, so lässt sich diesem Einwande dadurch die Spitze abbrechen, dass man in dem eben angegebenen Fall, dass der Staat an Stelle der Notwehr eingreift, unterstellt, es handele sich darum, einem Diebe, der mir eine Sache weggenommen hat, gegen den aber die Voraussetzungen der Notwehr nicht mehr vorliegen, die Sache wieder abzunehmen, also auch eine privatrechtliche Wirkung hervorzubringen. Ziemlich zu demselben Resultat wie Schultze, wenn auch von einem etwas anderen Ausgangspunkte aus, kommt Tenbieg[1]); der G.V. ist ihm lediglich Mandatar ohne das staatliche Gewand. Diesem Mandatar ist durch den Staat eine Befugnis

[1]) Das Pfändungspfandr. in seiner materiellrechtlichen Bedeutung. 24.

beigelegt worden, zu Handlungen, wie des Eingriffs in fremdes Vermögen, die dem Einzelnen aus Gründen des öffentlichen Friedens nicht freigegeben werden können. Auch dies ist nichts als eine naturrechtliche Supposition; so könnte es sein, so ist es aber nicht. Wenn die Vorschrift, durch die das Institut des Gerichtsvollziehers eingeführt wird, lautete:

„Personen, die gewerbsmässig für andere Zwangsvollstreckungen betreiben, werden G.V. genannt; sie haben das Recht, Gewalt anzuwenden, wenn . . . u. s. w."

so könnte man den G.V. als privatrechtlich Beauftragten ansehen, wie man den Privatmann, der nach §§ 67 ff. des preussischen Feld- und Forstpolizei-Gesetzes Vieh pfändet, oder den Privatforstbeamten, der gegen den Forstfrevler Gewalt anwendet, (vgl. § 117 St.G.B.), als Privatmann, bezw. Vertreter eines Privatmanns und nicht als Staatsorgan oder Vertreter des Staats anzusehen hat. So wie eben unterstellt, lauten aber die Vorschriften nicht. Sie lauten vielmehr: (§ 155 G.V.G.)

„Die Dienstverhältnisse . . der mit den . . . Vollstreckungen zu betrauenden Beamten (Gerichtsvollzieher) . . . werden bestimmt . . ."

und weiter: (§ 753 C.P.O.)

„Die Zwangsvollstreckung erfolgt . . . durch G.V., welche dieselbe im Auftrage des Gläubigers zu bewirken haben."

Wenn es richtig wäre, dass, wie Tenbieg meint, im Interesse des öffentlichen Friedens man dem Gläubiger nicht gestatte, die Zwangsvollstreckung selbst zu betreiben, man ihn vielmehr zwinge, dies durch einen Mandatar zu tun, der, ohne das staatliche Gewand, nur gewisse Zwangsbefugnisse habe, so hätte man die Sache doch ebenso regeln können, wie man die Vertretung der Partei im Anwaltsprozess geregelt hat. Dort erheischt ein öffentliches Interesse, dass es der Partei nicht gestattet ist, persönlich vor dem Richter ihr Recht wahrzunehmen; deswegen zwingt man sie, sich eines Mandatars zu bedienen, der, ohne das staatliche Gewand,

die Befugnis hat, die man der Partei genommen hat. So hat man es aber bei der Pfändung nicht gemacht; man hat dort einen Beamten bestellt: der durchgreifende Unterschied zwischen dem Verhältnisse des Anwalts und dem des G.V. zur Partei liegt eben darin, dass der Anwalt die Partei in Handlungen vertritt, die nicht Ausübung eines Staatshoheitsrechtes sind, während der Gerichtsvollzieher Handlungen vornimmt, die die Partei deswegen nicht vornehmen kann, weil sie die Betätigung eines Staatshoheitsrechtes darstellen. Man darf auch nicht übersehen, dass bei uns grundsätzlich die Gewaltausübung dem Staate vorbehalten ist. Die Fälle, in denen sie dem Privaten gestattet ist, z. B. Notwehr, sind Ausnahmen. Umgekehrt ist die Vertretung grundsätzlich freigegeben, die Fälle, in denen man sich nicht eines beliebigen, nach den allgemeinen Regeln des Privatrechts qualifizierten Vertreters bedienen darf, sondern sich an einen mit besonderen öffentlich-rechtlichen Eigenschaften ausgestatteten wenden muss, bilden die Ausnahme[1]).

Auch Jastrow[2]) beruft sich darauf, dass man sich die Partei als Urteilsvollstrecker „denken" könne, dass die Vollstreckung durch den Staat nicht „begrifflich notwendig" sei. Gewiss nicht; auch die Vollstreckung der Kriminalstrafe durch den Staat ist nicht „begrifflich" notwendig; man kann sich auch „denken", dass sie einem Privatinteressenten wie z. B. bei den römischen delicta privata überlassen wäre. Aber es fragt sich nicht, was man sich denken kann, was begrifflich zulässig ist, sondern was positiven Rechtes ist.

Aehnlich wie Schultze spricht sich auch Voss[3]) aus. Er sagt:

„Das Verhältnis des Gläubigers zum Pfandobjekte wird grundsätzlich durch die in dem Pfändungsakte sich ausdrückende Privatwillkür bestimmt. Die prozessualischen Schranken, mit denen der Pfändungsakt umgeben ist, er-

[1]) Vgl. über diese Frage auch noch unten.
[2]) Arch. f. d. civ. Pr. 68,366.
[3]) Arch. f. d. civ. Pr. 71,230.

scheinen nicht als positive Formen einer prozessualischen Handlung, durch welche diese letztere zur Rechtshandlung (legis actio) wird, sondern als beschränkende Hemmung des ausserhalb derselben sich frei bewegenden Privatwillens."

Also wiederum statt eines Beweises eine Umschreibung, eine ganz willkürliche Behauptung.

Die Mandatstheorie führt noch folgende Erwägung ins Feld: Selbst zugegeben, dass es undenkbar ist, den Beamten, der öffentlich-rechtliche Handlungen, also etwa Grundbucheintragungen, vornimmt, Urteile spricht, als Mandatar einer Partei aufzufassen, warum soll man ihn nicht wenigstens dann als Parteimandatar auffassen, wenn er Handlungen vornimmt, die auch als Handlungen des Privatmannes in rein privatrechtlicher Bedeutung vorkommen, also in unserem Falle Besitz ergreift und nachdem er den Besitz ergriffen hat, nun besitzt[1]).

Auch diese Darlegungen beweisen höchstens die Möglichkeit einer Mandatstheorie, nicht aber ihre Notwendigkeit, ihre Richtigkeit. Im übrigen aber ist die eben erwähnte Auffassung unrichtig. Eine Besitzergreifung unterscheidet sich zwar von einer Urteilsfällung dadurch, dass sie auch als reiner Privatrechtsakt vorkommt, die Urteilsfällung aber nicht; daher auch zwar nicht bei der Urteilsfällung, wohl aber bei einer Besitzergreifung ein privatrechtliches Mandatsverhältnis möglich ist. Allein dies ist auch nur dort möglich, wo die Besitzergreifung Privatakt ist. Wo sie nicht dies, sondern Hoheitsakt ist, da greifen sofort wieder die oben entwickelten Sätze über die Rechtsnatur der Ausübung staatlicher Hoheitsrechte Platz. Dasselbe gilt für die Ausübung des Besitzes. Dazu kommt aber noch Folgendes: Die Zwangsvollstreckung durch Wegnahme und Inbesitznahme der Sache ist ein einheitlicher Akt. Man kann diesen unmöglich in zwei getrennte Teile, 1) Zwang zur Aufgabe des Besitzes und 2) Ergreifung des

[1]) Vgl. besonders Engelmann, Bürgerl. R. 129 f.

Besitzes zerreissen. Aber ganz abgesehen hiervon: die Ergreifung des Besitzes ist ebensogut Hoheitsakt, wie die Zwangsentsetzung, und denselben Charakter trägt auch der Besitz selbst. Der G.V. wird in der Innehabung der Sachen ebenso als ein in Ausübung von Staatshoheitsrechten begriffener Beamter geschützt, wie bei der eigentlichen Zwangausübung.

Mit Recht macht übrigens Schönfeld[1]) darauf aufmerksam, dass die Mandatstheorie, wenn sie richtig wäre, auch bei Räumung einer Wohnung durch den G.V., oder bei Brechung tatsächlichen Widerstandes, Platz greifen müsste, denn der Zweck seiner Handlungen ist auch in diesen Fällen der, privatrechtliche Wirkungen hervorzubringen. Auf diese Fälle die Mandatstheorie anzuwenden, hat aber wohl noch niemand ernstlich versucht.

Man hat weiter zur Begründung der Mandatstheorie angeführt, der G.V. sei in gewissen Beziehungen unbestreitbar Vertreter des Gläubigers; er sei berechtigt und verpflichtet, Zahlungen anzunehmen, Quittung zu leisten u. s. w., und nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes hätten derartige von ihm vorgenommene Handlungen Wirkung für und gegen den Gläubiger. Eine derartige Vertretungsmacht spreche aber für ein Mandatsverhältnis[2]). Allein: Es entspricht einem praktischen Bedürfnisse, den G.V. zur Entgegennahme von Zahlungen zu ermächtigen, und es entspricht der Billigkeit und den Bedürfnissen des Verkehrs, diese Zahlung mit Wirkung gegenüber den Gläubigern auszustatten. Die Sache liegt ganz ähnlich wie z. B. bei der Hinterlegung nach §§ 372 ff. B.G.B.: Der Gläubiger ist in gewissen Fällen, sowie hinterlegt ist, befriedigt, statt seiner Forderung gegen den Schuldner hat er eine solche gegen die Hinterlegungsstelle. Ebenso

---

[1]) a. a. O. 7.

[2]) So Westerburg Gruch. 23, 875, wohl auch III. C. S. R.G. 9,361 dagegen von Schrutka-Rechtenstamm, Grünhuts Zeitschr. 16, 680.

hat er in unserem Falle statt des Anspruchs gegen den Schuldner einen solchen gegen den G.V., bezw. Staat. Es wird aber sicher niemandem einfallen, die Hinterlegungsstelle als Vertreter des Gläubigers aufzufassen. Es ist daher auch nicht unbedenklich, den G.V. bei der Entgegennahme von Zahlungen als Vertreter des Gläubigers aufzufassen[1]). Aber selbst, wenn man dies annehmen will, so ist damit doch nicht bewiesen, dass diese Vertretungsbefugnis auf Vertrag beruhe, dass der G.V. „Bevollmächtigter" im Sinne des B.G.B. sei. Das Gesetz kennt eine ganze Reihe von Stellvertretungsverhältnissen, bei denen diese Vertretungsmacht nicht auf einem Auftrage beruht. So die Schlüsselgewalt der Ehefrau, die Verwaltungsbefugnis des Ehemanns beim gesetzlichen Güterstande, des Inhabers der elterlichen Gewalt die Vertretungsbefugnis des Vormundes, des Zwangsverwalters, des Konkursverwalters. Und wenn die Vertreter einer extremen Mandatstheorie hierauf etwa erwidern wollten, dass auch der Ehemann, der Vormund, u. s. w. als Beauftragter aufzufassen sei, dass in allen diesen Fällen der Stellvertretung ein Vertrag vorliege, ein Auftrag zu fingieren sei, so würden sie durch § 166 Abs. 2 B.G.B. widerlegt; denn danach ist „Vollmacht" die „durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht". Es muss also auch eine nicht durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht geben, für die aber nach der hier bekämpften Ansicht kein Raum mehr bliebe.

Die mehrerwähnte Entscheidung der Vereinigten Civilsenate legt nun aber besonderen Wert darauf, dass der Gläubiger nach § 755 C.P.O. die Vertretungsmacht, die das Gesetz dem G.V. gibt, beschränken kann (allerdings nur mit Wirkung gegen den G.V.). Daraus soll sich ergeben, dass die Vertretungsmacht auf einem Auftrage des Gläubigers beruhe. Allein auch die Schlüsselgewalt der Ehefrau kann durch den Ehemann beschränkt werden, ja dieser Beschränkung

---

[1]) Auch Bunsen Zwangsvollstr. 128 leugnet, dass hier eine Vertretung vorliege. Er nimmt, freilich ohne nähere Begründung, ander G.V. sei nur ein solutionis causa adiectus.

kann sogar unter Umständen Wirkung gegen Dritte gegeben werden. Trotzdem aber ist dies kein Beweis dafür, dass die Vertretungsmacht der Ehefrau auf Vertrag beruht.

Dass die angebliche Vertretungsbefugnis des G.V., d. h. der Umstand, das Zahlung an den G.V. als Zahlung an den Gläubiger gilt, nicht Folge des „Auftrags" ist, geht übrigens am besten daraus hervor, dass nur die Zahlung an den G.V. den Schuldner befreit; wäre der G.V. Mandatar des Gläubigers, so müsste der Schuldner konsequenter Weise auch dann befreit werden, wenn der G.V. eine Sache pfändet, deren Wert zur Befriedigung des Gläubigers hinreicht, diese Sache aber vor der Versteigerung schuldhafter Weise beschädigt oder zerstört. Eine derartige Beschädigung geht aber auf Gefahr des Schuldners, nicht des Gläubigers.

Noch einen Schritt weiter, als die eben besprochene Auffassung, die Konstruktion des Verhältnisses zwischen G.V. und Gläubiger als eines Mandats sei dort möglich, wo der G.V. Handlungen mit privatrechtlicher Wirkung vornehme, geht das Reichsgericht[1]), indem es der Anschauung Ausdruck gibt, die Wirkungen der Handlung des G.V könnten nur entstehen, wenn man ihn als Beauftragten, andere[2]) meinen, als Vertreter, auffasse, was wohl so viel heissen soll, wie, die Rechtswirkungen seien nach dem geltenden Rechte nicht anders erklärbar, nicht anders konstruierbar, als dass man den G.V. als Mandatar auffasse. Allein die diesen Ausführungen zu Grunde liegende Auffassung ist unrichtig. Nach der C.P.O. erwirbt der Gläubiger durch gewisse Handlungen des G.V. ein Pfandrecht, nicht aber erwirbt es der G.V. für ihn. In § 804 C.P.O. heisst es:

> Durch die Pfändung erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande. . . ."

---

[1]) V. S. a. a. O.

[2]) Vgl. Rottmann, die rechtliche Stellung des G.V. nach B.G.B. 44, Dunkhase Arch. f. d. civ. Pr. 77, 107. Uebrigens hängt diese Anschauung mit der Schultzes zusammen.

Nun die Mandatstheorie damit beweisen zu wollen, dass man sagt, der G.V. sei Mandatar, weil er für den Gläubiger ein Pfandrecht erwerbe, ist eine offenbare petitio principii. Dies könnte vielleicht der Sinn des § 808 sein, muss es aber nicht sein, ebensowenig wie der Satz, dass dingliche Rechte an Grundstücken, also z. B. das Eigentum nach der Auflassung, durch Eintragung entstehen, beweist, dass der Grundbuchrichter dem neuen Eigentümer als dessen Beauftragter, Vertreter, das Eigentum erwerbe. Dass aber ein grundlegender Unterschied bestünde zwischen den Fällen wo der Richter durch Eintragung ein dingliches Recht, oder durch Verfügung ein Pfandrecht an einer Forderung schafft, und den Fällen, wo der G.V. ein Pfandrecht schafft, ist wohl nicht einzusehen. Das Vorliegen eines solchen Unterschiedes beweist auch Schwenke[1]) nicht, wenn er anführt, die Auffassung, dass das Pfändungspfandrecht durch obrigkeitlichen Akt entstehe, beruhe auf der falschen Anschauung, dass dem Pfändungspfandrecht kein privatrechtliches Element beigemischt sei. Schwenke selbst sagt nicht, dass das Pfändungspfandrecht in allen seinen Beziehungen rein privatrechtlich sei, sondern, dass ihm ein privatrechtliches Element „beigemischt" sei; es ist also nach seiner Ansicht aus öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Elementen zusammengesetzt. Ist dies aber der Fall, so könnte man mit demselben Recht umgekehrt sagen, die Ansicht, dass das Pfändungspfandrecht durch Privatrechtsakt entstehe, übersehe, dass ihm öffentlich-rechtliche Elemente beigemischt seien. Dass das Pfändungspfandrecht aus öffentlich- und privatrechtlichen Elementen zusammengesetzt ist, ermöglicht die Frage „Amtstheorie oder Mandatstheorie?", es löst sie aber nicht; gelöst wird sie durch die Untersuchung, welche Elemente, die öffentlich-, oder die privatrechtlichen, für ihre Beantwortung massgebend sind. Aber auch wenn man sich auf Schwenkes Standpunkt stellt, wenn man Wert darauf legt, dass dem Pfändungspfandrecht

[1]) a. a. O. 43.

privatrechtliche Elemente, „beigemischt“ sind, sind nicht auch der Hypothek recht erhebliche privatrechtliche Elemente beigemischt? Und trotzdem ist der Grundbuchrichter nicht Beauftragter, Vertreter des Gläubigers.

Gegen die Auffassung, eine Vertretungsbefugnis (und dasselbe gilt vom Mandat) des G.V. sei unumgänglich notwendig zur Erklärung der Erscheinung, dass durch die Handlungen des G.V. Rechte für den Gläubiger entstehen, führt v. Schrutka-Rechtenstamm[1]) mit Recht aus, dass man in konsequenter Durchführung dieser Konstruktion auch annehmen müsste, der Vermieter erwerbe durch den Mieter als seinen Vertreter durch dessen Einzug ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen, so dass man schliesslich zu dem absurden Resultate käme, dass überall da, wo auf Grund einer Handlung des A. für B. ein Recht erwachse, B. dieses Recht durch A. als seinen Vertreter erlangt habe[2]).

Wenn die Amtstheorie ausführt, es sei mit der amtlichen Stellung unverträglich, anzunehmen, dass der Beamte Verträge schliesse bezüglich solcher Handlungen, zu deren Vornahme er kraft Amtes verpflichtet sei, so stützt sich demgegenüber die Mandatstheorie darauf, dass es doch garnicht so selten sei, dass man vertragsmässig eine Verpflichtung übernehme, zu deren Uebernahme man schon anderweit verpflichtet sei. So beruft sich z. B. Rottmann[3]) darauf, dass man ein Mandat deswegen übernehmen könne, weil man durch Vermächtnis dazu verpflichtet sei; der Beschluss der Vereinigten Senate meint, eine derartige Doppelstellung komme bei vielen Beamten vor (bei welchen? wird uns leider nicht mitgeteilt) und Schwenke[4]) führt aus, dass Amt, Auftrag und Stellvertretung sich sehr wohl vereinigen liessen, zeige sich am besten bei der anderen Funktion des

---

[1]) Grünhut 13. 582.

[2]) Eine Auffassung, die römischer Denkweise vielleicht nicht fern gelegen haben mag, jetzt aber wohl als verlassen gelten kann.

[3]) a. a. O. 32.

[4]) a. a. O. 19.

G.V., der Zustellung, wo er nur Willensorgan und Beauftragter der Partei sei, sodass der amtliche Charakter ganz zurücktrete.

Was dieses Zurücktreten des amtlichen Charakters betrifft, so hat Schwenke sich selbst widerlegt, indem er gleich darauf ausführt, der G.V. sei sogar mehr, als ein blosser Bote. Dieses mehr bestehe darin, dass er ein amtlich bestellter Bote sei, dem Glaubwürdigkeit in erhöhtem Masse, eine publica fides, innewohne[1]), andererseits darin, dass er im Namen und an Stelle des Gläubigers die Zustellung vornehme. Das gerade hebt ihn über die Privatrechtssphäre hinaus. Dass bei der Zustellung der Amtscharakter ganz zurücktrete, soll sich nach den weiteren Ausführungen Schwenkes ganz besonders darin zeigen, dass der G.V., wenn die Annahme des zuzustellenden Schriftstückes verweigert wird, nicht, wie bei der Zwangsvollstreckung, ein Zwangsrecht hat, nicht die Annahme erzwingen, sondern nur das Schriftstück zurücklassen kann, was lediglich deswegen bestimmt sei, damit nicht auf die Nichtannahme eine Prämie gesetzt werde. Allein nicht der mangelnde Amtscharakter ist der Grund, dass kein Zwang stattfindet, der Grund ist vielmehr der, dass ein Zwang zur Annahme weiter nichts wäre, als die Durchführung eines Princips, eben diesem Princip zu liebe, ohne dass man damit einen vernünftigen Zweck erreicht hätte. Denn: Soll der G.V. vielleicht dem Empfänger den Brief gewaltsam in die Hand drücken? Oder den Empfänger festhalten und ihm das Schriftstück vorlesen? Und wie soll er ihn zwingen zuzuhören? Welch anderes praktisches Resultat würde durch ein solches Verfahren erreicht, als wenn er das Schriftstück einfach zurücklässt? Dass der Gerichtsvollzieher das Schriftstück, dessen

---

[1]) Diese den Bekundungen des G.V. innewohnende publica fides übersieht Jastrow, a. a. O. 367, wenn er geltend macht, bei der Funktion des G.V. als Zustellungsbeamten fielen die aus der Ausführung eines imperium gegen die Mandatstheorie erhobenen Bedenken weg.

Annahme verweigert wird, nicht mit wegnimmt, sondern zurücklässt, entspricht lediglich einer Rücksicht auf den Empfänger, dem Gelegenheit gegeben werden soll, sich eines besseren zu besinnen und von dem Schriftstücke Kenntnis zu nehmen [1]).

Wenn Rottmann sich darauf beruft, dass man auch ein Mandat übernehmen kann, zu dessen Uebernahme man z. B. durch Vermächtnis verpflichtet ist, so ist dies zwar richtig, allein es ist ein Unterschied, ob man privatrechtlich zur Eingehung eines Vertrages verpflichtet ist, oder öffentlich-rechtlich; ein noch grösserer Unterschied aber ist es, ob man nur zur Eingehung eines Privat-Rechtsgeschäftes verpflichtet ist, oder ob der Inhalt der auferlegten Verpflichtung grade der ist, Staatshoheitsrechte auszuüben, nicht aber die Geschäfte von Privatpersonen zu betreiben. Offenbar besteht doch ein Unterschied zwischen dem Fabrikanten, der sich verpflichtet, einem Abnehmer jährlich gewisse Mengen eines Fabrikats zu liefern, und einem Apotheker, der öffentlich-rechtlich zur Verabreichung von Medikamenten, oder einem Droschkenkutscher, der durch Polizeiverordnung zur Beförderung von Personen verpflichtet ist. Ein noch weit grösserer Unterschied aber besteht zwischen den oben genannten und dem G.V., der nicht Waren verkauft, Personen befördert, welche Tätigkeit jeder Privatmann vornehmen kann [2]), sondern pfändet, was der Privatmann nicht kann.

Mit diesen Erwägungen erledigt sich auch der Einwand Jastrows [3]) und Schwenkes [4]) die beamteten Advokaten

---

[1]) Planck Civ. Proz. 1, 135 führt übrigens geradezu aus, der G.V. erzwinge die Annahme, wenn auch nicht tatsächlich, so doch rechtlich dadurch, dass die in gesetzlicher Form ausgeführte Zustellung als wirksam gelte.

[2]) Denn wenn auch ein Privatmann, der nicht Apotheker ist, Medikamente verkauft, so hat dieser Mangel doch keinen Einfluss auf die Gültigkeit des Geschäftes.

[3]) a. a. O. 365.

[4]) a. a. O.

des früheren preussischen Prozesses seien auch Beamte und zugleich Parteimandatare gewesen. Wenn Rottmann[1]) den gemäss §§ 115, 116 C.P.O. zugeordneten Armenanwalt erwähnt, so beweist dies, selbst wenn für ihn die Mandatstheorie zutreffen sollte, schon deshalb nichts für den G.V. weil der Anwalt kein Beamter in engerem Sinne ist[2]). Was aber den Notar betrifft, auf den wohl auch die Bemerkung des Reichsgerichts, es gäbe viele Beamte, die sich in einer Doppelstellung befänden, abzielt, so habe ich kein Bedenken, auch für ihn in Uebereinstimmung mit Förster-Eccius[3]) die Amtstheorie anzunehmen.

Wenn man übrigens auf dem Standpunkt derer[4]) steht, die einen Rechtszwang zum Kontrahieren überhaupt nicht anerkennen, vielmehr im Falle eines solchen Zwanges stets das Vorliegen eines Vertrages bestreiten, so ist natürlich ohne weiteres die Unrichtigkeit der Mandatstheorie klar. Allein dieser extremen Ansicht möchte ich nicht beipflichten. Auf nichts anderes, als die Schottsche Ansicht kommt es auch schliesslich hinaus, wenn Bunsen[5]) gegen die Mandatstheorie einwendet, der Gerichtsvollzieher sei verpflichtet, Aufträge zu übernehmen; das Wesen des Auftrages aber sei die Annahme, die aber beim Vorliegen einer Verpflichtung zur Annahme nicht möglich sei. Es genügt demgegenüber darauf hinzuweisen, dass der G.V. ja in der Lage ist, die Uebernahme abzulehnen, wodurch er sich natürlich disziplinarisch strafbar und civilrechtlich verantwortlich macht; aber wenn er den „Auftrag“ nicht annimmt, so bleibt dieser eben unangenommen. Mit der Argumentation

---

[1]) a. a. O.

[2]) Vgl. auch das oben gegen die Analogie zwischen Anwalt und Gerichtsvollzieher ausgeführte.

[3]) 2, 519.

[4]) Vgl. Schott in Endemanns Handbuch des Handelsr. 3, 271, 483.

[5]) a. a. O. 124.

Bunsens lässt sich also die Mandatstheorie nicht widerlegen.

Als eine gewichtige Stütze der Mandatstheorie wird nicht selten auch die historische Entwicklung des Instituts des G.V. aus dem französischen Huissier im Gegensatze zum deutschen Gerichtsboten angeführt[1]). Man „wollte" angeblich den französischen Huissier übernehmen, man „wollte" also auch den G.V. als civilrechtlichen Mandatar aufgefasst wissen, wie dies im französischen Rechte der Fall sei. Allein ich meine, wenn man den Huissier übernehmen „wollte", so wollte man doch nur einen Beamten schaffen, der ebenso wie der französische Huissier, dem Gericht frei gegenüber steht, von der Partei unmittelbar beauftragt wird und im allgemeinen selbst über Zulässigkeit und Form der Zwangsvollstreckung entscheidet, statt in diesen Punkten den Befehlen des Richters unterworfen zu sein. Das ist das wesentliche an dem Institut des Huissier, das hat man übernehmen wollen, und diesen Willen hat man auch im Gesetz hinreichend zum Ausdruck gebracht. Ob der G.V. zu der Partei in einem Vertragsverhältnis steht, ist eine Konstruktionsfrage, die zu beantworten ist aus den Rechtsverhältnissen, die nach der C.P.O. bei der Zwangsvollstreckung stattfinden; der Wille des Gesetzgebers ist in dieser Hinsicht gleichgiltig. Daraus aber, dass der G.V. aus dem französischen Rechte übernommen ist, dass die geschichtliche Entwicklung auf den Huissier hinweisst, folgt höchstens, dass die wesentlichen Merkmale des Huissier übernommen sind[2]), diese aber sind der unmittelbare Verkehr mit der Partei und die Unabhängigkeit vom Richter; wie man das Verhältnis zur Partei zu konstruieren hat, tritt demgegenüber ganz zurück. Ausserdem braucht, was für das französische öffentliche Recht richtig ist, nicht auch für das deutsche richtig zu sein.

---

[1]) So v. Welck a. a. O. 519 ferner die Entsch. d. V. S. a. a. O.

[2]) So auch v. Schrutka-Rechtenstamm Grünhut 16, 690.

Ein anderer Grund, auf den sich die Anhänger[1]) der Mandatstheorie stützen, ist der, dass den G.V. seine selbständige Stellung gegenüber dem Gerichte auf ein Vertragsverhältnis mit der Partei hinweise. Allein wenn der G.V. dem Richter gegenüber freier gestellt ist, so ist damit nur gesagt, dass er nicht vom Richter abhängig ist, daraus kann doch aber unmöglich gefolgert werden, dass er nun zu einer Partei in einem Vertragsverhältnis stehen müsse; wenn man, statt die Zwangsvollstreckung einem Unterorgan des Richters zu übertragen, sie einem selbständigen Beamten anvertraut, der in wichtigen und grundsätzlichen Beziehungen neben dem Richter steht, so ist damit doch nicht das Geringste gesagt über die Stellung dieses Beamten zu dem ihn „beauftragenden" Privatmann, und wenn sich auch die Motive die hier bekämpfte Folgerung zu eigen gemacht haben, so haben sie wohl damit mehr den Gegensatz zur Stellung des früheren deutschen Gerichtsboten dahin bezeichnen wollen, dass dieser auf Befehl des Richters, jener auf Geheiss der Partei tätig würde; über die Konstruktion dieser Stellung sollte damit wohl nicht gesagt sein[2]).

Im Zusammenhang mit dem eben berührten steht es, wenn die Mandatstheorie darauf gestützt wird, dass Beginn und Fortsetzung der Zwangsvollstreckung in vielen Beziehungen vom Willen des Gläubigers abhängen[3]). Allein

[1]) Vgl. Petersen § 753, Seuffert bei Busch 11, 196, v. Welck Gruch. 36, 503, Schwenke 9.

[2]) So auch v. Schrutka-Rechtenstamm Grünhut 16, 690. Vielfachfindet sich übrigens im Gegensatz zu der von der Mandatstheorie so sehr betonten Selbständigkeit des G.V. gegenüber dem Gericht die — m.E. unrichtige — Ansicht vertreten, vgl. Planck, Civ. Pr. 1, 621, 1362, der G.V. handle nur auf Befehl des Gerichts, das Gesetz habe aber gewisse Befehle ein für alle mal suppliert. Das ist eine haltlose Fiktion, die, ohne tatsächliche Unterlagen im Gesetz zu haben, einer Theorie zu Gefallen aufgestellt wird, der sie, wenn sie richtig wäre, allerdings zur Stütze dienen würde.

[3]) Vgl. die V. S. a. a. O. ferner eingehend Voss Arch. f. d. civ. Pr. 66, 181. Gruch 23, 242, Tenbieg 24. Ja, Schwenke 18, 23, behauptet sogar, die Staatsgewalt begebe sich des ihr zu-

diese Abhängigkeit teilt der G.V. nicht nur mit dem Grundbuchrichter, dem Zwangsvollstreckungsrichter, sowie vielen anderen richterlichen und nichtrichterlichen Beamten, er teilt sie vor allem auch mit dem erkennenden Richter im Civilprozess: auch der Zivilprozess beginnt nicht auf Wunsch der Partei, und ebenso hängt seine Fortsetzung in weitem Umfange vom Parteiwillen ab. Alle diese Beamten, namentlich den Spruchrichter, wird doch gewiss niemand für Beauftragte oder Vertreter der Privatpartei ansehen. Diese Abhängigkeit vom Parteiwillen beruht darauf, dass es sich in dem gesamten Verfahren um Privatrechte handelt, und dass man deswegen der Partei eine weitgehende Disposition über das Verfahren eingeräumt hat. In diesem Sinne führt auch der IV. Civ.-Sen. in seiner von der sonstigen Ansicht des Reichsgerichts abweichenden Entscheidung aus: Der G.V. sei Beamter; dass seine Amtshandlungen in gewissen Beziehungen vom Willen einer Privatperson abhängig seien, könne daran nichts ändern; dies seien nur Konsequenzen des Parteibetriebes. Auf diese richtigen Darlegungen erwidern Hahn[1]) und Jastrow[2]): mit einer solchen Argumentation könne man auch das Gegenteil beweisen, denn man könne ebenso umgekehrt sagen, aus dem Prinzip des Parteibetriebes folge, dass die Partei selbst es sei, die die Zwangsvollstreckung, die eigentliche Prozessführung zu betreiben habe; wenn das Gesetz den Vertreter der Partei, den G.V. aus Gründen der öffentlichen Ordnung ein für allemal mit Amtsautorität ausgestattet habe, so hebe dies nicht auf und berühre nicht das Vertragsverhältnis.

---

stehenden Zwangsvollstreckungsrechtes zu Gunsten des Gläubigers insoweit, als es nötig sei, um diesen einen Einfluss auf den Gang der Vollstreckung gewinnen zu lassen, und um Raum zu schaffen für die Existenz eines Vertragsverhältnisses zwischen G.V. und Gläubiger. Also das Prinzip des Parteibetriebes ist für Zustellung und Zwangsvollstreckung der Mandatstheorie zu liebe eingeführt!

[1]) Gruch 31, 334.

[2]) a. a. O. 363.

Es soll ganz abgesehen werden davon, dass auch hier wieder eine unzulässige Vermischung von Vertretung und Auftrag vorliegt. Wenn die Partei durch den G.V. selbst zu handeln scheint, so ist der G.V. höchstens ihr Vertreter, aber noch nicht ihr Beauftragter. Aber auch die ganze Argumentation Hahns und Jastrows ist schief, denn aus dem Prinzip des Parteibetriebes folgt nicht, dass die Partei selbst das Subjekt der Zwangsvollstreckung ist, es folgt nur daraus, dass die Zwangsvollstreckung vom Parteiwillen abhängig ist. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass die Partei es ist, die alle Handlungen vornimmt, die irgend einmal im Prozesse vorkommen; es besagt vielmehr, dass die Partei es ist, die, wie Petersen[1]) es ausdrückt, „das Verfahren in Gang erhält". Aber selbst, wenn man annehmen wollte, das Prinzip des Parteibetriebes bedeute, dass die Partei selbst handele, so handelt doch die Partei nur dort, wo das Prinzip des Parteibetriebes gilt. Wenn die C.P.O. vom Prinzip des Parteibetriebes beherrscht wird, so heisst das doch nicht, dass überall und ausnahmslos der Parteibetrieb herrsche; das Gesetz kennt vielmehr auch Ausnahmen vom Parteibetrieb. Eine solche (d. h. eben, wenn man fälschlicher Weise den Parteibetrieb auffasst als das Auftreten der Partei als das Subjekt des Verfahrens) bildet die Zwangsvollstreckung.

Auf einem ähnlichen Gedanken, wie die soeben bekämpfte Meinung, beruht es, wenn v. Welck[2]) ausführt, die Ansicht, der Staatsauftrag lasse für einen privatrechtlichen Auftrag keinen Raum, übersehe, dass der Staatsauftrag nur die Befugnis im allgemeinen gebe, im Einzelfalle aber der Beamte weiterer Ermächtigung bedürfe. Es giebt wohl überhaupt keinen Amtsauftrag an einen Beamten, wonach dieser allgemein gewisse Handlungen vornehmen dürfte; die Amtshandlungen dürfen

---

[1]) C.P.O. Vorbemerkung IX.

[2]) a. a. O. 509.

immer nur vorgenommen werden, wenn, kurz gesagt, nicht nur die allgemeinen Voraussetzungen in thesi, sondern auch die besonderen in hypothesi vorliegen: der Untersuchungsrichter hat vom Staat die Ermächtigung, Verhaftungen vorzunehmen, ebenso wie der G.V. die Ermächtigung hat, Zwangsvollstreckungen vorzunehmen; aber auch der Untersuchungsrichter darf nun nicht jeden beliebigen Menschen verhaften, sondern es müssen im Einzelfall besondere Voraussetzungen vorliegen. Nicht anders liegt die Sache beim G.V. Für ihn gehört zu den Voraussetzungen im Einzelfall das Parteibegehren, ebenso wie dies die Voraussetzung für die Tätigkeit des erkennenden Richters ist. Aber nur ein Parteibegehren ist nötig, kein Vertrag mit der Partei. Die Behauptung, das, was im Einzelfalle zu der allgemeinen Ermächtigung hinzukommen muss, sei kein Antrag, sondern ein Vertrag, ist eine petitio principii.

Ebensowenig beweist es für die Mandatstheorie, dass die Parteien unter Umständen die Wahl zwischen mehreren G.V. haben, denn zunächst ist dies durchaus nicht in allen Bundesstaaten der Fall, und ferner trifft es [1]) auch oft auf den Spruchrichter zu: häufig hat der Kläger zwischen mehreren Gerichtsständen die Wahl.

Westerburg [2]) sieht eine Besonderheit der Stellung des G.V., die dazu nötigen soll, ihn als Mandatar der Partei aufzufassen, darin, dass er handelt, nicht um den abstrakten Rechtsgedanken zu verwirklichen, sondern, um der Partei zu dem zu verhelfen, was sie zu beanspruchen hat. Jedoch passt dies ebenso auf den Vormund, den Vater als gesetzlichen Vertreter, auf den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ja auch auf den Spruchrichter, vgl. Dernburg [3]).

„Der Staat hat ein selbständiges Interesse bei der Verwirklichung der einzelnen Privatrechte nicht . . . .

[1]) So auch Planck C.P.O. 1, 136.
[2]) Gruch 31, 875.
[3]) Pand. 1, 298.

nur darin besteht das öffentliche Interesse, dass jedem sein Recht zu Teil wird, wenn er es verlangt."

Es passt schliesslich noch auf viele andere Beamte, die im Gebiete des öffentlichen Rechts Geschäfte besorgen, die sich auf die Privatinteressen einzelner Bürger beziehen; oder meint Westerburg etwa, der G.V. sei deshalb als Mandatar anzusehen, weil er nicht dazu da sei, die Rechte zweier Parteien gegeneinander abzuwägen, sondern nur im Interesse der einen, des Gläubigers, tätig werde? Auch dies wäre unrichtig, denn in Wahrheit hat der G.V. in weitem Umfange auch die Interessen des Schuldners wahrzunehmen. Er hat jedenfalls causae cognitio und die Pflicht, den „Auftrag" abzulehnen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen fehlen. Wenn man aber meint, dass dieses Wahrnehmen der Interessen der Schuldner doch nur ein nebensächlicher Punkt, nur eine Begrenzung der Rechte des G.V. sei, dass dieser dagegen in erster Linie dazu da sei, die Interessen dessen wahrzunehmnen, der ihn anruft, so genügt es, auf das Beispiel des Schutzmanns hinzuweisen, den ich zu Hilfe hole, weil sich auf meinem Grundstücke eine verdächtige Person herumtreibt. Bei dem Schutzmann liegt die Sache genau so, wie bei dem G.V., auch er kommt nicht, um abstrakte Rechtsgedanken zu verwirklichen; auch sein Recht ist insofern beschränkt, als er auch die Interessen des Verdächtigen insoweit wahrzunehmen hat, dass er ihn nicht ungerechtfertigt verhaftet, nicht länger festhält, als notwendig, u. s. w. Also auch der Schutzmann schreitet im wesentlichen nur in meinem Interesse ein. Soweit er scheinbar Interessen meines Gegners wahrzunehmen hat, sind dies nur Schranken der Wahrnehmung meiner Interessen. Trotzdem ist der Schutzmann nicht mein Mandatar.

Die Vereinigten Civilsenate begründen die Mandatstheorie auch damit, dass die Rechte des Gerichtsvollziehers gegenüber dem Gläubiger geringer seien, als gegenüber dem Schuldner und dritten Personen. Gegen diese Personen habe er nämlich eine Zwangsgewalt, nicht aber gegenüber dem Gläubiger. Eine Zwangsgewalt hat der Gerichtsvollzieher

aber prinzipiell, wenn es sich also etwa darum handelt, die zu pfändenden Sachen in seine Hand zu bringen, nur gegenüber dem Schuldner, nicht aber gegenüber dritten Personen, denen gegenüber er doch sicher Beamter ist. In dieser Hinsicht also bietet sein Verhältnis zum Gläubiger nichts besonders. Hat der G.V. aber einmal gepfändet, so wird man sein Recht, Zwangsmassregeln anzuwenden, z. B. darin erblicken können, dass er sich gegen die Versuche des Schuldners oder Dritter, die gepfändeten Sachen in Besitz zu nehmen, mit Gewalt wehren darf. Dieses Recht teilt er aber in gewissem Umfange mit jedem Privatmann, und auch, soweit dies nicht der Fall ist, hat er es ebenso gegen den Gläubiger, der in seine Tätigkeit einzugreifen versucht, wie gegen jeden anderen.

Wenn die Vereinigten Senate die Mandatstheorie weiter darauf stützen, dass der Gläubiger für den durch eine ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung entstandenen Schaden verantwortlich ist, so beweist das deswegen nichts, weil dies auch auf den durch eine ungerechtfertigte einstweilige Verfügung verursachten Schaden zutrifft. Die einstweilige Verfügung aber erlässt der Richter, nicht der G.V.

Auch, dass der G.V. Gebühren empfängt, erscheint vielen als Kennzeichen eines Vertragsverhältnisses; allein mit Unrecht; auch der Richter war nach früheren Prozessrechten vielfach auf Sporteln der Parteien angewiesen und trotzdem nicht deren Mandatar. Uebrigens fliessen in manchen deutschen Staaten, z. B. Hamburg, alle Gerichtsvollziehergebühren in die Staatskasse. Jedenfalls verlangt das Reichsrecht nicht, dass der G.V. die Gebühren erhalte.

Jastrow[1]) wendet gegen die Amtstheorie ein, wenn diese richtig wäre, könnte man dem Gläubiger keine Klage auf Auszahlung des Versteigerungserlöses, dem G.V. keine Klage auf Auszahlung seiner Gebühren, wo diese ihm zuständen, zubilligen.

---

[1]) a. a. O. 361.

Was aber zunächst die Klage des Gläubigers auf Auszahlung des Versteigerungserlöses betrifft: gesetzt die Gewährung der Civilklage, d. h. des ordentlichen Rechtsweges, stünde mit der Amtstheorie in Widerspruch: Was nötigt uns denn anzunehmen, dass dem Gläubiger die Civilklage im Widerspruch mit der Amtstheorie zustehe? In welchem Reichsgesetz steht denn, dass für diesen Anspruch der Rechtsweg gegeben ist? Denn nur ein Reichsgesetz kommt natürlich in Betracht. Wenn, wie hier geschieht, die Amtstheorie aus dem Reichsrecht, insbesondere aus der reichsrechtlich gewährleisteten rechtlichen Stellung des G.V. als Staatsbeamter und der Stellung der Gerichte als Staatsgerichte, gefolgert wird, so besagt es nichts, wenn ein Landesgesetz dieser Theorie widerspricht; wenn ein Landesgesetz etwas anordnet, was mit der Beamteneigenschaft des G.V. in Widerspruch steht, so besagt dies ebensowenig, als wenn etwa ein Landesgesetz entgegen dem Gerichtsverfassungsgesetze verordnen wollte, der G.V. sei nicht Beamter. Steht also die Gewährung des ordentlichen Rechtsweges mit der Amtstheorie in unlösbarem Widerspruch, so ergiebt sich daraus, dass der Rechtsweg nicht gegeben ist. Aber die Gewährung des Rechtsweges steht garnicht einmal mit der Amtstheorie in Widerspruch; es ist doch durchaus nichts ungewöhnliches, dass der Rechtsweg zulässig ist für aus dem öffentlichen Recht fliessende Ansprüche, für die er nach allgemeinen Grundsätzen nicht gegeben wäre, wie z. B. in Preussen für den Anspruch auf Rückzahlung zu viel erhobener Stempelsteuerbeträge.

Was aber die Klage des G.V. wegen seiner Gebühren betrifft, so scheint sie ja zunächst für das Vorliegen eines Mandats zu sprechen[1]). Allein gegen das Mandat spricht,

[1]) Und man kann diese Beweisführung nicht durch den Hinweis darauf beseitigen, dass die Gebühren dem G.V. nur landesrechtlich gewährleistet seien, der Umstand aber, dass dem G.V. nach Landesrecht die Klage auf Gebühren zustehe, nicht zur Interpretation des Reichsrechts benutzt werden könne. Denn aus § 34 C.P.O. geht hervor, dass nach der Auffassung des Reichsrechts eine solche Klage möglich ist.

dass nach § 766 C.P.O. dem Vollstreckungsgericht die Entscheidung zusteht, wenn ein Gerichtsvollzieher sich weigert, einen „Auftrag anzunehmen", oder einen erteilten auszuführen. Denn, zwar nicht dem Wortlaut, wohl aber dem Sinne nach, schliesst diese Vorschrift eine Klage gegen den G.V. auf Ausführung des Auftrages aus. Dass diese Klage dem Gläubiger nicht gegeben wird, kann auch nicht wie Rottmann[1]) meint, darauf beruhen, dass man dem Gläubiger habe schneller helfen wollen, als auf dem Wege des Civilprozesses. Denn wäre dies der Grund, so könnte man dem Gläubiger beide Wege geben, wollte er von dem schnelleren Wege des § 766 C.P.O. keinen Gebrauch machen und lieber klagen, so müsste ihm dies freistehen.

Der Grund dafür, dass man dem Gläubiger keine Klage auf Ausführung des übernommenen Auftrages gibt, ist der, dass er keinen privatrechtlichen Anspruch auf Ausführung des Auftrages hat. Wenn die Anhänger der Mandatstheorie mit ihrer Ansicht wirklich Ernst machen wollten, so müssten sie die Klage zulassen, denn ein ausdrückliches Verbot enthält § 766 C.P.O. nicht. Sie fühlen aber sehr wohl, dass eine

[1]) a. a. O. 38. Ebenso Hahn Materialien 2, 1, 437. v. Welck Gruchot 36, 543 gibt auch zu, dass eine Klage auf Ausführung des Auftrages nicht möglich sei, und gibt als Grund dieser Erscheinung an, derartige Auftragsverhältnisse seien im Rechtsleben häufig, dass der eine dem andern eine Verfügungsgewalt über seine Rechte einräume und der andere die Ausführung zusichere, ohne dass die Begründung einer Klage auf Ausübung der verliehenen Gewalt im Sinne beider liege. Allein dann ist der Grund, der die Klagbarkeit hindert, ein privatrechtlicher, kein öffentlich-rechtlicher, und ausserdem liegt unser Fall ja ganz anders. In dem von v. Welck angeführten Falle ist die „Klagbarkeit" ausgeschlossen, das soll nicht heissen, es sei der Rechtsweg ausgeschlossen, sondern es liege überhaupt kein verfolgbares Recht vor; die Rechte und Pflichten der Parteien sind nur „moralische", „natürliche". In unserm Falle aber ist der Rechtsweg ausgeschlossen; ernstliche Rechten und Pflichten entstehen aber sehr wohl aus dem „Vertrage", sollen nach dem Willen der Parteien auch entstehen. Das letztere ist übrigens in unserem Falle gänzlich belanglos, in dem v. Welck angeführten keineswegs.

Klage auf Ausführung des Auftrages mit den Grundgedanken des öffentlichen Rechts in Widerspruch stünde.

Aber von diesem argumentum e contrario ganz abgesehen, die Möglichkeit der Klage gegen den Gläubiger auf Zahlung der Gebühren beweist die Richtigkeit der Mandatstheorie ebensowenig, wie die Klage des Gläubigers auf Auszahlung des Versteigerungserlöses. Wenn der Anspruch des Gläubigers auch unter der Herrschaft der Amtstheorie klagbar gemacht werden kann, warum soll der Anspruch des G.V. nicht auch klagbar gemacht werden? Man könnte hiergegen vielleicht einwenden, wenn der Anspruch des G.V. nicht auf Vertrag, sondern auf öffentlichem Recht beruhte, so wäre es zwar möglich, über die Frage des Gebühren-Anspruches den Rechtsweg zuzulassen; aber doch nur in der Form, wie der Rechtsweg über die oben erwähnte Frage der Verpflichtung zur Zahlung der Stempelsteuer gegeben sei. Der Stempelsteuerfiskus brauche nicht gegen den Pflichtigen auf Zahlung zu klagen; vielmehr treibe der Fiskus die seiner Ansicht nach begründete Forderungen bei, dem Pflichtigen sei es überlassen, den Fiskus auf Rückzahlung zu verklagen. Das Reichsrecht[1]) lasse aber den Rechtsweg über die Gebühren des G.V. ohne weiteres zu. Der G.V. könne also vom Landesrecht die Erlaubnis erhalten, seine Gebühren im Wege der Klage einzuziehen. Daraus gehe hervor, dass beim G.V. nicht ausnahmsweise der Rechtsweg für eine öffentlich-rechtliche Forderung gegeben sei, sondern für eine privatrechtliche. Ein solcher Einwand scheint auf den ersten Blick stichhaltig, ist es aber in der Tat nicht. Dass der Rechtsweg über den Anspruch auf Gebühren gegeben ist und nicht über den Rückforderungsanspruch, beruht nicht darauf, dass im Gegensatz zum preussischen Stempelsteuergesetz hier ein

[1]) Aus § 34 C.P.O. geht aber natürlich nur hervor, dass der Rechtsweg nicht mit den Bestimmungen der C.P.O. in Widerspruch steht, da sie ihn ja in § 34 voraussetzt. Es kann nicht etwa aus § 34 C.P.O. gefolgert werden, dass der Rechtsweg kraft Reichsrechtes gegeben werden muss.

privatrechtlicher Anspruch vorläge, sondern auf ganz anderen Gründen: Zwischen dem G.V. und dem Steuerfiskus oder sonstigen öffentlichen Behörden waltet ein grosser Unterschied ob, und zwar in zweierlei Hinsicht. Zunächst hat der Steuerfiskus und ebenso jede andere Behörde in derselben Lage kein eigenes Interesse an den festgesetzten Gebühren. Ob der festsetzende Beamte 1000 Mk. oder 10 Pfg. Gebühren berechnet, ist für ihn persönlich ganz gleichgiltig. Anders liegt die Sache beim G.V., der da, wo er einen Gebührenanspruch hat, persönlich an der Festsetzung interessiert ist. Daher kann es ihm nicht überlassen werden, die Gebühren selbst festzusetzen und beizutreiben. Ferner aber, und dies ist die Hauptsache, der Fiskus ist immer zahlungsfähig. Anders beim G.V., der vielleicht, wenn er die zuviel erhobenen Gebühren wieder herauszahlen soll, zahlungsunfähig ist. Es wäre unbillig, dem Zahlungspflichtigen zuzumuten, eine noch noch nicht endgiltig festgestellte Schuld an einen vielleicht später zahlungsunfähigen zu zahlen. (In Preussen[1]) erhält der G.V. einen Gebührenanteil; trotzdem werden die Gebühren durch die Staatskasse festgesetzt und beigetrieben. Allein hier hat auch der G.V. ein Recht auf Gebühren nur gegenüber der Staatskasse; die Staatskasse allein hat ein solches Recht gegen den Pflichtigen und ist diesem daher auch haftbar.)

Was im übrigen die angebliche Vertretung des Gläubigers durch den G.V. bei der Pfändung, abgesehen von einem Auftrage, betrifft, so hat man in der Litteratur zur Stütze der Amtstheorie vielfach angeführt[2]), von einer Vertretung des Gläubigers könne deswegen keine Rede sein, weil man nicht in einer Handlung vertreten werden könne, die nur der Vertreter vornehmen könne, zu der der Vertretene selbst

[1]) Für Preussen nimmt auch Schönfeld, Gev. Vollz. 423 an, dass wegen der Gebühren das Verwaltungszwangsverfahren, nicht der Rechtsweg, gegeben ist.

[2]) Vgl. Nessel Gruch. 28, 97, Hahn das 31, 333.

aber nicht befähigt sei. Von anderer Seite[1]) ist man dieser Auffassung entgegen getreten und hat behauptet, man könne auch in solchen Handlungen vertreten werden, die nur der Vertreter, nicht der Vertretene vornehmen könnte. Es kann diese Streitfrage hier völlig auf sich beruhen, denn jedenfalls kann man nur innerhalb der privatrechtlichen Sphäre vertreten werden (wenigstens, wenn man das Wort „Vertreter" im privatrechtlichen Sinne gebraucht; die hier bekämpfte Auffassung fasst aber den G.V. als Vertreter im Sinne des Privatrechts, mit den Wirkungen, die dieses der Vertretung beilegt, auf.). Man hat zum Beweise, dass man auch in solchen Handlungen vertreten werden könne, die man nicht selbst, vielmehr nur durch den Vertreter vornehmen kann, auf den Prozessbevollmächtigten im Verfahren vor den Kollegialgerichten hingewiesen, der Handlungen vornehme, die der Vertretene gerade kraft eines öffentlich-rechtlichen Satzes nicht vornehmen könne. Allein ganz abgesehen davon, dass es sich hier um eine durchaus eigenartige Form der Vertretung handelt, so liegt doch jedenfalls eine Vertretung in Handlungen vor, die der privatrechtlichen Sphäre angehören. Das Verhandeln vor dem Kollegialgericht ist in seiner Wesenheit und in seiner rechtlichen Natur nicht verschieden von dem Verhandeln vor dem Einzelrichter.

Es mag sein, dass der Vertreter sogar öffentlich-rechtliche in der Person des Vertreters begründete Hindernisse zu überwinden vermag, eines aber kann der Vertreter sicher nicht, er kann den Vertretenen nicht in der Ausübung von Staatshoheitsrechten vertreten, die er ausüben kann, weil ihre Ausübung zu seinen Amtspflichten zählt, während der angeblich Vertretene sie eben deswegen nicht ausüben kann, weil sie Staatshoheitsrechte sind. Die Handlungen des Anwalts gelten als Handlungen der Partei, die Ausübung eines

[1]) Schrutka-Rechtenstamm, Grünhut 13, 582 f. v. Welck a. a. O. 508, Entsch. d. V. S. a. a. O. Jastrow a. a. O. 383, Rottmann 46, Schwenke 42.

Staatshoheitsrechts aber kann niemals Handlung einer Partei sein, denn wie schon oben gesagt, die Ausübung eines Staatshoheitsrechts ist nicht Ausübung eines Privatrechts plus irgend einer öffentlich-rechtlichen Zugabe, sondern sie ist etwas in seiner Wesenheit davon Verschiedenes. Man kann der Handlung eines Privatmannes noch so viel zulegen, sie wird nicht zur Ausübung eines Statshoheitsrechts. Der Vertreter aber kann die Handlungsfähigkeit des Vertretenen höchstens ergänzen, nicht aber ihr ein anderes Wesen geben.

Auch sonst hat man sich für die Mandatstheorie auf die Analogie zwischen dem G.V. und dem Anwalt berufen[1]), der grosse Unterschied, der aber zwischen der Stellung des Anwalts und der des G.V. besteht, ist schon oben gewürdigt worden. Es soll daher hier nur noch auf einen wichtigen Unterschied hingewiesen werden, der bisher noch nicht berührt worden ist. Der Prozessbevollmächtigte wird in § 78 C.P.O. mit den Worten eingeführt:

> „Vor den Landgerichten . . . müssen die Parteien sich durch einen . . . Rechtsanwalt als Bevollmächtigen vertreten lassen. . . .“

Wir erfahren also von vorn herein, dass wir es mit einem Bevollmächtigten zu tun haben, später werden uns noch einzelne besondere Befugnisse dieses Vertreters aufgezählt. Ganz anders beim G.V., von dem wir überhaubt nur kasuistisch erfahren, dass ihm diese und jene „Vertretungs“-befugnis zustehe.

Gegen die Auffassung des G.V. als Vertreter des Gläubigers spricht übrigens auch § 235 C.P.O. Wäre der G.V. Vertreter der Partei, so wäre es unbillig, der Partei wegen Verschuldens des G.V. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.

Aus all' den vorstehenden Erwägungen ergiebt sich die Richtigkeit der Amtstheorie. Es mag nur noch einmal kurz auf die Konsequenzen der Mandatstheorie hingewiesen

---

[1]) Schwenke 39.

und darauf aufmerksam gemacht werden, welche Unzuträglichkeiten sich aus der Annahme eines Vertrages zwischen G.V. und Gläubiger ergeben.

Betrachtet man die positiven Bestimmungen über das Verhältnis des G.V. zum Gläubiger, so ergiebt sich, dass dieser „Auftrag“ unter höchst ungewöhnlichen Regeln steht, dass er einem, wenn man ihn etwas näher betrachtet, geradezu unter den Händen zerläuft; eine Reihe von Rechten, die andere Beauftragte haben, hat der G.V. nicht; dafür hat er gewisse Rechte, die andere Beauftragte nicht haben; ebenso steht es mit seinen Pflichten, sowie mit den Rechten und Pflichten des Gläubigers. Ueberdies sind gewisse Rechte und Pflichten der Vertragsparteien nicht auf dem ordentlichen Rechtswege, sondern auf andere Weise verfolgbar. Der G.V. hat nicht nur auf die Interessen seines Auftraggebers, sondern auf die beider Teile Rücksicht zu nehmen. Unter Umständen hat er sogar zwei Aufträge mit widerstreitendem Interesse auszuführen, wie im Falle des § 827 C.P.O. [1]). Es steht auch nicht in seinem Belieben, Aufträge anzunehmen, er muss sie annehmen und ist auch in seinem Kündigungsrecht im Vergleich zu den gewöhnlichen Beauftragten beschränkt [2]), und schliesslich bleibt von dem ganzen Auftrage nichts anderes übrig als — die Haftung des G.V., der den Gläubiger durch Nachlässigkeit schädigt, nach Vertragsrecht, und die Konsequenzen, die man aus dem Auftragsverhältnis für den Besitz an gepfändeten Sachen und für die Anfechtung von Zwangsvollstreckungshandlungen zieht. Zu was für Künsteleien die Mandatstheorie führt, zeigt sich auch an folgendem. Nach § 31 der

[1]) So auch Schönfeld 8.

[2]) Alles das soll natürlich keine strikte Widerlegung der Mandatstheorie sein. Es ist schon oben ausgesprochen, dass es kein Hindernis eines Vertrages ist, dass z. B. der eine Vertragsteil den Vertrag eingehen muss. Ich führe im Text nur aus, welche Abnormitäten die Mandatstheorie zeitigt, weil ich glaube, dass es eine Theorie nicht sehr empfiehlt, wenn sie eine grosse Menge unregelmässiger und schwer konstruierbarer Erscheinungen bietet.

Preussischen Gerichtsvollzieherordnung hat der Aufsichtsrichter bei plötzlich eintretender Verhinderung des zuständigen G.V. unter Umständen ohne jede Mitwirkung des Auftraggebers einen anderen G.V. zu bestellen. Nach Rottmann[1]) muss dieser nun als von dem ersten substituiert gelten, da ihm sonst die Legitimation fehlen würde. Wie unvorteilhaft sticht diese künstliche Fiktion von der Amtstheorie ab, bei der der neue G.V. ebenso in den Rechtskreis des alten eintritt, wie der erkennende Richter in den seines erkrankten Kollegen, den er vertritt. Eine ähnliche Künstelei ergiebt sich in dem auch von Rottmann erwähnten Falle des § 827 C.P.O.

Ferner: wie das R.G.[2]) entschieden hat, hat der Gerichtsschreiber, der von der Partei um Vermittlung der Zustellung angegangen wird, nach eigenem Ermessen, sogar gegen den Willen der Partei, einen G.V. mit der Zustellung zu beauftragen, wenn er das für zweckmässiger hält, als die von der Partei gewünschte Zustellung durch die Post. Wie will das R.G. von der von ihm vertretenen Mandatstheorie aus dieses Rechtsverhältnis konstruieren? Es dürfte kaum etwas anderes übrig bleiben, als anzunehmen, dass in der ausdrücklichen Kundgebung der Partei, es solle durch die Post zugestellt werden, zugleich die stillschweigende Erklärung liege, eventl. solle ein G.V. beauftragt werden!

Noch drastischer aber ist folgender Fall: nach den Ausführungen Rottmanns, der in dem Vertrage mit dem G.V. einen wahren Auftrag im Sinne des § 662 B.G.B. sieht, ist der nach § 673 B.G.B. zur Fortführung des Auftrages verpflichtete „Erbe“ der Amtsnachfolger!! Man sieht, der Begriff des Vertrages verflüchtigt sich immer mehr; eine ganze Reihe von Erscheinungen, die nun einmal unglücklicher Weise vorhanden sind, aber nicht zur Mandatstheorie passen wollen, müssen mit Hilfe von Konstruktionen, bei denen man an Iherings „Begriffshimmel“ erinnert wird, erklärt werden; man scheut schliesslich nicht einmal

[1]) a. a. O. 36.

[2]) V.C.S. 7. 2. 00. Jur. Wochenschr. 1900, 177 ff.

davor zurück, den Begriff der Amtsnachfolge in den der Erbfolge zu pressen; andererseits muss man Folgerungen, die sich aus der Mandatstheorie ergeben, die aber nicht recht zum Institut des G.V. passen, eliminieren; als Grund für dieses Vorgehen wird dann angegeben, dass diese Sätze nicht für den G.V. passten. Warum das aber begründeter und richtiger sein soll, als die einfache Behauptung, dass die ganze Mandatstheorie nicht für den G.V. taugt, wird nicht gesagt.

Von den Folgerungen dagegen, die man aus der Amtstheorie zu ziehen hat, widerspricht keine einzige dem positiven Recht, und ebenso lassen sich umgekehrt alle positiv vorhandenen Erscheinungen ungezwungen aus der Amtstheorie erklären.

---

Druck von H. Fleischmann, Breslau

# Lebenslauf.

Ich Paul Rudolf Adolf Arno Riedinger wurde am 13. Februar 1877 in Breslau als Sohn des Fabrikbesitzers Emil Riedinger und dessen Ehefrau Ida, geb. Reisner, geboren. Von Ostern 1883 ab besuchte ich das städtische Johannes-Gymnasium in Breslau bis ich am 21. September 1895 an dieser Anstalt das Abiturientenexamen bestand. Ich besuchte sodann vom W. S. 1895/96 bis zum W. S. 1896/97 einschliesslich die Universität Breslau, im S. S. 1897 die Universität Freiburg i. B. und im W. S. 1897/98 und S. S. 1898 wiederum die Universität Breslau.

Am 21. Januar 1899 bestand ich das Referendarexamen. Am 3. Februar 1899 wurde ich vereidigt.

Ich habe die Vorlesungen der Herren Professoren und Dozenten Beling, Bennecke†, Brie, Caro, Chun, Cohn, Dahn, Elster, Fischer, Heymann, Jörs, Kaufmann, Leonhard, Merkel, Muther, v. Rohland, Rosin, Rümelin, Schott†, Schultze, Sombart besucht.

Allen meinen hochverehrten Lehrern gestatte ich mir, an dieser Stelle meinen Dank auszusprechen, namentlich Herrn Geheimrat Prof. Dr. Fischer für die vielfache Unterstützung, die er mir bezüglich der vorliegenden Arbeit hat angedeihen lassen.

# Thesen.

1) Wendet der Beklagte gegen die Klage auf den Kaufpreis ein, es sei ein Zahlungsspiel vereinbart, so trifft ihn für diese Behauptung die Beweislast.

2) Wird die auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses gerichtete Feststellungsklage rechtskräftig abgewiesen, so ist damit das Bestehen des Rechtsverhältnisses rechtskräftig festgestellt.

3) Der Gerichtsvollzieher steht zu der Partei, auf deren Begehren er tätig wird, nicht in einem Auftragsverhältnisse. Er ist vielmehr auch dieser gegenüber nur Beamter.

4) Wird gegen eine bestrittene Klageforderung eine unstreitige Gegenforderung eingewendet, so ist die Klage ohne Beweisaufnahme über die Klageforderung abzuweisen.